



Centro Universitário de Brasília
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

EDUARDO AIRES COELHO OTSUKI

**A TAXATIVIDADE MITIGADA DO ART. 1.015 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL
DE 2015: ANÁLISE CRÍTICA DO RECURSO ESPECIAL n. 1.704.520/MT**

Brasília
2019

EDUARDO AIRES COELHO OTSUKI

**A TAXATIVIDADE MITIGADA DO ART. 1.015 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL
DE 2015: ANÁLISE CRÍTICA DO RECURSO ESPECIAL n. 1.704.520/MT**

Artigo científico apresentado para
obtenção do título de bacharel em Direito
pela Faculdade de Ciências Jurídicas e
Sociais do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Carlos Orlando Pinto.

Co-orientador: Prof. João Ferreira Braga

Brasília

2019

EDUARDO AIRES COELHO OTSUKI

**A TAXATIVIDADE MITIGADA DO ART. 1.015 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL
DE 2015: ANÁLISE CRÍTICA DO RECURSO ESPECIAL n. 1.704.520/MT**

Artigo científico apresentado para
obtenção do título de bacharel em Direito
pela Faculdade de Ciências Jurídicas e
Sociais do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Carlos Orlando Pinto.

Co-orientador: Prof. João Ferreira Braga

Brasília, de de 2019.

Banca Examinadora

Prof. Carlos Orlando Pinto
Orientador

Prof. Avaliador

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo a análise do Recurso Especial nº 1.704.520/MT, julgado em 05 de dezembro de 2018, em sede de recurso repetitivo. Na ocasião, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) criou a tese da taxatividade mitigada para as hipóteses de interposição de agravo de instrumento insculpidas no art. 1.015 do Código de Processo Civil de 2015. Dessa forma, foram analisados aspectos processuais e materiais decorrentes da referida decisão, apontando as consequências positivas e negativas da tese posta. Positivamente, tem-se a aplicação da objetivação nos Tribunais Superiores. Por outro lado, negativamente, verifica-se que o julgamento foi realizado sobre matéria não prequestionada, bem como que não houve participação de todos os Ministros que compõem a Corte Especial do STJ. Quanto ao mérito, a tese firmada pode gerar insegurança jurídica, uma vez que o critério para impugnar as decisões interlocutórias passou a ser a urgência, um critério eminentemente subjetivo. Adicionalmente, também é possível que surja insegurança a partir de eventuais questionamentos acerca da aplicabilidade do instituto da preclusão.

Palavras-chave: Processo Civil. Agravo de instrumento. Hipóteses de interposição. Taxatividade mitigada. Segurança jurídica.

ABSTRACT

The purpose of this article is to analyze Special Appeal No. 1.704.520/MT, which was judged on December 5, 2018, under the repetitive cases procedure. At the time, the Brazilian Superior Court of Justice (STJ) created the mitigated taxativity thesis regarding the possibilities to file the interlocutory appeals inscribed in art. 1.015 of the Brazilian Code of Civil Procedure. Thus, procedural and material aspects resulting from the above-mentioned ruling were detailed, pointing to the positive and negative consequences of the thesis put forward. Positively, there is the fact that objectivity was applied in the Superior Courts. On the other hand, negatively, it appears that the trial was conducted over an unquestioned subject, as well as that not all Ministers who make up the Special Court of the STJ were present at the trial session. As to the merits, the thesis can generate legal uncertainty since the ruling established that the criterion to be observed when challenging interlocutory decisions should be the presence of urgency, which is, in truth, a subjective criterion. Additionally, there could be further uncertainty issues as the institute of estoppelment could also be applied.

Keyword: Civil Procedure. Interlocutory appeal. Filing possibilities. Mitigated taxativity. Legal certainty.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| 1. INTRODUÇÃO | 5 |
| 2. DOS MEIOS DE IMPUGNAÇÃO DAS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS | 7 |
| 2.1 Meios de impugnação das decisões interlocutórias no Código de Processo Civil de 1939 | 7 |
| 2.2 Meios de impugnação das decisões interlocutórias no Código de Processo Civil de 1973 | 9 |
| 2.3 Meios de impugnação das decisões interlocutórias no Código de Processo Civil de 2015 .. | 14 |
| 3. DOS CONCEITOS NECESSÁRIOS PARA ANÁLISE DO RECURSO ESPECIAL n. 1.704.520/MT | 18 |
| 3.1 Da objetivação no Processo Civil | 18 |
| 3.2 Do pré-questionamento | 21 |
| 3.3 Da taxatividade do rol do art. 1.015 do CPC/15 e das possibilidades de interpretação | 24 |
| 3.4 Do princípio da segurança jurídica | 25 |
| 4. ANÁLISE DO RECURSO ESPECIAL 1.704.520/MT | 28 |
| 4.1 Da aplicação da objetivação, da afetação e do pré-questionamento no Recurso Especial 1.704.520/MT | 29 |
| 4.2 Do julgamento pela Corte Especial no Superior Tribunal de Justiça | 31 |
| 4.3 Da taxatividade mitigada e o risco à segurança jurídica | 32 |
| 5. CONCLUSÃO | 37 |
| 6. BIBLIOGRAFIA..... | 39 |

1. INTRODUÇÃO

A taxatividade do rol do art. 1.015 do Código de Processo Civil de 2015, o qual prevê as hipóteses de interposição de agravo de instrumento, trouxe para o ordenamento jurídico situações semelhantes as que ocorreram na vigência de outros códigos processuais no Brasil.

Assim, tanto na doutrina como na jurisprudência possuem entendimentos divergentes com relação ao tema, visto que ao se deparar com uma decisão interlocutória não se sabe ao certo se deve ou não interpor o agravo de instrumento ou impetrar mandado de segurança, de modo que existem posicionamentos para os dois lados, esse era o dilema enfrentado antes do Superior Tribunal de Justiça julgar a matéria em sede de recurso repetitivo.

Apesar disso, o art. 1.009, §2º, do Código de Processo Civil de 2015, prevê que as decisões interlocutórias que não estão insculpidas no art. 1.015 do mesmo diploma legal não serão objeto da preclusão, uma vez que podem ser arguidas em preliminar de apelação ou nas contrarrazões ao referido recurso.

A grande problemática da recorribilidade em momento posterior é a demora até o juiz de primeiro grau sentenciar, assim, pode-se estar frente a uma situação em que seja inútil a análise da decisão interlocutória, por exemplo, no caso em que o juízo é incompetente para julgar o feito, de modo que seus atos podem ser anulados diante da incompetência, violando o princípio da celeridade processual e da duração razoável do processo.

Assim, a matéria chegou ao Superior Tribunal de Justiça, o qual afetou os Recursos Especiais n. 1.696.396/MT e n. 1.704.520/MT, com o objetivo de pacificar a jurisprudência nos Tribunais de piso. Dessa forma, fixou-se a seguinte tese *“o rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação.”* (Trecho do voto da Min. Nancy Andrighi na no REsp 1.704.520/MT, Corte Especial do STJ, j. 5 dez. 2018, DJ 19 dez. 2018).

Diante do julgamento realizado em 5 de dezembro de 2018, será analisado no presente artigo os aspectos materiais e processuais sobre a referida decisão em sede de recurso repetitivo.

Para a produção do presente artigo, realizar-se-á pesquisa bibliográfica com base em autores relevantes sobre a matéria proposta. Além disso a pesquisa será documental, utilizando-se as legislações pertinentes e o acórdão do julgamento do Recurso Especial n. 1.704.520/MT.

Dessa forma, o presente artigo será dividido em três capítulos. No primeiro será realizado um apanhado histórico do agravo de instrumento, com a finalidade de observar a evolução do recurso contra as decisões interlocutórias. No segundo será feita a pesquisa bibliográfica para determinar os conceitos importantes sobre a matéria. No terceiro, por fim, proceder-se-á à análise do Recurso Especial n. 1.704.520/MT, com relação aos aspectos materiais e processuais postos no acórdão.

O problema de pesquisa do presente artigo é “quais são os aspectos positivos e negativos do julgamento do Recurso Especial n. 1.704.520/MT?”, objetivando verificar as possíveis consequências do julgado em sede de recurso repetitivo.

Por derradeiro, cumpre ressaltar que a decisão em recurso repetitivo do Superior Tribunal de Justiça pode gerar insegurança jurídica no ordenamento jurídico, eis que o critério da urgência para interposição de agravo de instrumento não é objetivo. Dessa forma, o magistrado pode ter percepções diferentes do conceito de urgência em relação a magistrado diverso.

Assim, é salutar que o acórdão seja analisado com o intuito de apontar os possíveis equívocos da decisão em exame. Ademais, uma revisão sobre a matéria pode ser realizada futuramente, a qual deve ser feita com o intuito de gerar menor insegurança jurídica.

2. DOS MEIOS DE IMPUGNAÇÃO DAS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS

Inicialmente, é necessário realizar um apanhado histórico, com a finalidade de se verificar a evolução do instituto do agravo de instrumento no Direito brasileiro. Dessa forma, ter-se-á como ponto de partida o Código de Processo Civil de 1939, passando pelo Código de Processo Civil de 1973, inclusive as alterações realizadas pela legislação. Por fim, chegar-se-á no estudo do agravo de instrumento no Código de Processo Civil de 2015.

2.1 Meios de impugnação das decisões interlocutórias no Código de Processo Civil de 1939

As modalidades de interposição do recurso de agravo adotadas pelo Código de Processo Civil de 1939, herdadas do direito lusitano, são a de instrumento, de petição ou nos autos do processo¹. O agravo de instrumento era cabível somente nas hipóteses enumeradas no art. 842 do CPC/1939, com juízo de retratação e posterior encaminhamento ao tribunal. O agravo de petição era interposto nos próprios autos, nos casos em que a decisão versava sobre a extinção do processo sem resolução do mérito. Por fim, o agravo nos autos do processo era utilizado para impugnar as decisões cujo conteúdo se referisse a questões processuais, com rol no art. 851 do CPC/1939, o qual ficava nos autos aguardando para ser apreciado pelo tribunal *ad quem*, caso seja interposto recurso contra a sentença de primeiro grau. (YOSHIKAWA, 2017).

Dessa forma, o agravo de petição se prestava a impugnar sentenças sem resolução de mérito, uma vez que se a decisão terminativa procedesse à análise do mérito, o recurso cabível era o de apelação. O agravo de petição devia ser interposto perante juízo de primeiro grau, o qual tinha a oportunidade de retratação (DIDIER JR. E CUNHA, 2019).

Em seu turno, o agravo no auto do processo objetivava somente evitar a preclusão da matéria. A sua interposição poderia ser feita pela via da oralidade ou por escrito, com a devida redução a termo. Além disso, a interposição do agravo no auto

¹ Em igual sentido, Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha (2019) lecionam que o Código de Processo Civil de 1939 estabeleceu três formas de agravo para impugnar as decisões interlocutórias, quais sejam, o agravo de petição; o agravo de instrumento; e o agravo no auto do processo.

do processo ocorria perante o juízo de primeiro grau, no entanto, sua apreciação era diferida, somente na análise das preliminares do recurso de apelação (DIDIER JR. E CUNHA, 2019).

Por derradeiro, o agravo de instrumento no Código de Processo Civil de 1939 não podia ser utilizado para impugnar qualquer decisão interlocutória, visto que o legislador da época optou por restringir as hipóteses de interposição. Assim, apenas as decisões discriminadas no rol do art. 842 do CPC/39 eram impugnáveis pela via instrumental, assim como nas hipóteses previstas na legislação extravagante. O agravo de instrumento era interposto perante o juízo de primeiro grau (DIDIER JR. E CUNHA, 2019).

O Código de Processo Civil de 1939 adotou o sistema da oralidade, rompendo com as tradições, com relação aos recursos de impugnação das decisões interlocutórias. Além disso, inovou ao limitar os meios de impugnação de tais decisões, uma vez que a legislação predeterminou em quais casos caberia a interposição de agravo, tanto para a forma instrumental, prevista no art. 842 quanto para a forma no auto do processo, insculpida no art. 851, ambos do CPC de 1939 (ASSIS, 2017).

Nesse sentido, o disposto no art. 842 do CPC de 1939 estabeleceu um rol taxativo das hipóteses de interposição do agravo de instrumento. Nesse sentido a legislação em vigor à época:

Art. 842. Além dos casos em que a lei expressamente o permite, dar-se-á agravo de instrumento das decisões: (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 4.565, de 1942).

I, que não admitirem a intervenção de terceiro na causa; (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 4.565, de 1942).

II, que julgarem a exceção de incompetência; (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 4.565, de 1942).

III, que denegarem ou concederem medidas requeridas como preparatórias da ação; (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 4.565, de 1942).

IV, que não concederem vista para embargos de terceiros, ou que os julgarem; (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 4.565, de 1942).

IV - que receberem ou rejeitarem “in limine” os embargos de terceiro. (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 4.672, de 1965).

[...]

XIII, que admitirem, ou não, o concurso de credores, ou ordenarem a inclusão ou exclusão de créditos (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 4.565, de 1942).

XIV, que julgarem, ou não, prestadas as contas; (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 4.565, de 1942). (Suprimido pelo Decreto-Lei nº 8.570, de 1946).

XV, que julgarem os processos de que tratam os Títulos XV a XXII do Livro V, ou os respectivos incidentes, ressalvadas as exceções expressas; (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 4.565, de 1942).

XVI, que negarem alimentos provisionais; (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 4.565, de 1942).

XVII, que, sem caução idônea, ou independentemente de sentença anterior, autorizarem a entrega de dinheiro ou quaisquer outros bens, ou a alienação, hipoteca, permuta, subrogação ou arrendamento de bens. (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 4.565, de 1942).

Convém mencionar, ainda, que o Código de Processo Civil de 1939 aplicava o princípio da fungibilidade, com previsão legal no art. 810, de modo que o recurso, mesmo que interposto de forma equivocada, era conhecido na forma do recurso correto. Entretanto, com a existência de decisões interlocutórias que não estavam insculpidas no rol taxativo para interpor o agravo, tanto na forma instrumental como no auto do processo, abriu-se a possibilidade de utilização de sucedâneos recursais, objetivando a impugnação das decisões interlocutórias irrecorríveis. Como exemplo, a reclamação e o mandado de segurança, resultando em um abarrotamento do Poder Judiciário. (YOSHIKAWA, 2017)

Portanto, o Código de Processo Civil de 1939 adotou a taxatividade das hipóteses de interposição do agravo de instrumento, limitando seu manejo para os casos insculpidos no art. 842 do referido diploma legal.

2.2 Meios de impugnação das decisões interlocutórias no Código de Processo Civil de 1973

A redação original do Código de Processo Civil de 1973 previa o agravo de instrumento como meio de impugnação das decisões interlocutórias, existindo a possibilidade de tê-lo na forma retida nos autos, de modo que seria julgado em grau de apelação (THEODORO JÚNIOR, 2018).

Segundo Donizetti (2018, p. 1.406), o recurso cabível em face de qualquer decisão interlocutória era o agravo. Para que o ato do juiz se caracterizasse como decisão interlocutória bastava resolver alguma questão incidental no curso do processo. Portanto, eram impugnáveis, pela via do agravo, as decisões, por exemplo, que indeferissem requerimento de produção de prova, assistência judicial, entre outras (DONIZETTI, 2018).

Para Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha (2019), o Código de Processo Civil de 1973 excluiu a possibilidade de interposição do agravo de petição, padronizando a apelação como o recurso cabível contra qualquer sentença, com ou sem resolução de mérito. Quanto às decisões interlocutórias, o agravo de instrumento era o recurso cabível em qualquer das hipóteses, de acordo com a sistemática originária do Código de Processo Civil de 1973, com a possibilidade de utilizar-se da forma retida (DIDIER JR. E CUNHA, 2019).

O agravo de instrumento, previsto no texto original do Código de Processo Civil de 1973, caberia em qualquer hipótese em face das decisões interlocutórias, manteve a mesma sistemática de interposição do Código de Processo Civil de 1939, uma vez que permaneceu com o prazo de 5 dias, sendo interposto perante o juízo de primeiro grau, com a possibilidade de este se retratar, de modo que, somente após tal procedimento, seria possível o encaminhamento do recurso ao tribunal de segunda instância. Além disso, o agravo de instrumento não possuía efeito suspensivo, exceto nas hipóteses insculpidas no art. 558 do CPC/1973, na redação originária (DIDIER JR. E CUNHA, 2019).

Conforme entendimento de Araken de Assis (2017), a forma de impugnação das interlocutórias demonstrou que haveria problemas com as alterações realizadas pelo Poder Legislativo. O primeiro desses problemas seria a proliferação de agravos, as quais seriam assombrosas. O segundo seria que o critério adotado pelo Código de Processo Civil de 1973 não era casuístico, de modo que seria possível sua interposição em qualquer situação (ASSIS, 2017).

Com o advento da Lei n. 9.139/95, passou-se a denominar o referido recurso apenas como agravo, o qual poderia ser interposto na forma retida ou instrumentada. Entretanto, com a alteração da legislação supracitada não se modificou apenas a nomenclatura do recurso, mas, principalmente, o modo de processá-lo (THEODORO JÚNIOR, 2018).

A então novel legislação de 1995 expandiu as hipóteses de interposição do agravo de instrumento, uma vez que se autorizou sua utilização nos casos em que a decisão impugnada resulte em lesão grave ou de difícil reparação, com a possibilidade de concessão de efeito suspensivo (ASSIS, 2016).

Anteriormente à Lei n. 9.139/1995, o agravo era processado pelo tribunal de primeira instância, o qual proferiu a decisão impugnada. Posteriormente ao advento da referida legislação o agravo, na forma instrumental, passou a ser interposto diretamente ao Tribunal competente para revisar a decisão interlocutória (THEODORO JÚNIOR, 2018).

No mesmo sentido, Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha (2019) citam as modificações na redação original do Código de Processo Civil de 1973 trazidas pela Lei n. 9.139/95. Primeiramente, o agravo de instrumento passou a ser denominado genericamente como agravo, o qual poderia ser interposto sob as modalidades de agravo retido e agravo de instrumento. A forma de interposição do agravo foi alterada, de modo que o prazo passou de 5 dias para 10 dias, além de ser interposto diretamente no tribunal de segunda instância, com a possibilidade de o relator conceder efeito suspensivo, desde que seja alguma das hipóteses do rol do art. 558 do CPC/73 (DIDIER JR. E CUNHA, 2019).

Entretanto, apesar de ser interposto diretamente no tribunal de segunda instância, após sua interposição, o agravante tinha que comunicar o juízo de primeiro grau, com a juntada de cópia do recurso, para que este pudesse proceder, ou não, ao juízo de retratação (DIDIER JR. E CUNHA, 2019).

As mudanças feitas pelo legislador, na forma de processar o agravo de instrumento, objetivavam evitar dois problemas com a interposição do recurso. O primeiro estava na difícil e demorada formação da discussão no primeiro grau, tornando o agravo no recurso mais demorado no âmbito do processo civil, de modo que se tornava contraditório, visto que as interlocutórias impugnadas tratavam de questões de urgências. O segundo estava no grande número de mandados de segurança que eram impetrados objetivando a suspensão dos efeitos da decisão impugnada, posto a interposição do agravo de instrumento não tinha efeito suspensivo, conseqüentemente, havia demora para que a matéria fosse devolvida ao tribunal competente, de modo que fosse revista a decisão (THEODORO JÚNIOR, 2018).

Dessa forma, o agravo passou a ser interposto diretamente no tribunal, já na segunda instância de julgamento, a qual analisaria o cabimento do recurso, bem como

apreciaria, liminarmente, a necessidade de suspensão dos efeitos da decisão impugnada. O resultado foi a economia processual, tanto para a justiça quanto para as partes, visto que não seria mais necessária a interposição do agravo de instrumento juntamente com a impetração do mandado de segurança, para evitar as consequências irreversíveis da decisão impugnada (THEODORO JÚNIOR, 2018).

Tais modificações resultaram na interposição exacerbada do agravo interno para modificar as decisões proferidas pelo próprio Tribunal. (ASSIS, 2017)

Entretanto, a suspensão da eficácia da decisão impugnada, em muitos casos, era essencial para não causar dano de difícil reparação ao agravante. A não suspensão das decisões interlocutórias resultou na impetração de mandados de segurança objetivando a concessão do efeito suspensivo, esta solução foi possível em razão de decisão do Supremo Tribunal Federal no sentido de permitir a impetração do mandado de segurança como sucedâneo recursal (ASSIS, 2017).

Posteriormente, o recurso do agravo passou por alterações estabelecidas pelas Leis n. 10.352/01 e 11.187/05. O objetivo do legislador, com as modificações, era reduzir o uso indiscriminado do agravo de instrumento, considerando as reclamações feitas pelos tribunais, os quais não estavam conseguindo julgar os demais recursos, pelo excesso de agravos interpostos.

Nessa esteira, verifica-se que o principal motivo da modernização do agravo era tornar a forma retida como regra, excepcionando a forma instrumental para as questões graves e urgentes, para reduzir a sua quantidade nos tribunais de segunda instância (THEODORO JÚNIOR, 2018).

Segundo Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha (2019), a Lei n. 10.352/2001 modificou as formas de impugnação das decisões interlocutórias, na medida em que a mencionada legislação estabeleceu determinadas hipóteses em que o recurso cabível seria obrigatoriamente o agravo retido, a exceção, para interpor o agravo de instrumento era nos casos que houvesse a possibilidade de dano de difícil reparação. Além disso, o agravo na modalidade instrumental foi alterado, criando-se três novas regras, assim, o agravante era obrigado a juntar petição informando a interposição do agravo de instrumento nos autos de origem, o agravo de instrumento

podia ser convertido em agravo retido pelo relator, bem como havia a possibilidade de antecipação da tutela recursal (DIDIER JR. E CUNHA, 2019).

Para Araken de Assis (2017), tornou-se necessária nova intervenção legislativa, em razão do quadro altamente insatisfatório resultado da alteração de 1995, assim, com a Lei n. 11.187/05 o agravo retido passou a ser regra, tornando o agravo de instrumento em medida excepcional para recorrer das decisões interlocutórias (ASSIS, 2017).

Segundo Yoshikawa (2017), a Lei n. 11.187/05, a qual adveio do Projeto de Lei n. 4.727/04, de autoria do Poder Executivo, modificou a estrutura do agravo de instrumento, tornando-se como regra o agravo retido, ou seja, limitou-se as hipóteses de interposição do agravo de instrumento, contudo, admitindo-se nos casos de lesão grave e de difícil reparação (YOSHIKAWA, 2017).

Portanto, a legislação de 2005 realizou modificações significativas na forma de interposição do recurso, visto que a parte deveria impugnar a interlocutória, sob pena de preclusão, mas o seu recurso poderia ser convertido em agravo retido pelo relator do processo, de forma monocrática e irrecorrível (YOSHIKAWA, 2017).

Em sentido semelhante, Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha (2019) analisam as alterações decorrentes da Lei n. 11.187/2005:

“A Lei n. 11.187/2005 imprimiu algumas mudanças relevantes no regime do agravo, instruindo o agravo retido como regra. Somente caberia agravo de instrumento em hipóteses expressamente indicadas: (a) quando se tratasse de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação; (b) nos casos de inadmissão da apelação; e (c) nos relativos aos efeitos em que a apelação fosse recebida. Na liquidação de sentença e na execução, o agravo haveria sempre de ser de instrumento. [...] Como o agravo de instrumento era cabível quando se tratasse de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, eram poucos os casos de agravo retido. Nesse conceito indeterminado, várias hipóteses eram enquadradas.”

Nesse sentido, Donizetti (2018) pontua que o agravo de instrumento no CPC/1973 tinha rol taxativo de hipóteses apenas nos casos em que a apelação restava inadmitida e para os efeitos em que a apelação era recebida no Tribunal. Excluindo tais hipóteses, o agravo de instrumento era cabível nos casos em que a

parte demonstrasse que a decisão recorrida, caso efetivada, poderia causar lesão grave e de difícil reparação, ou seja, a urgência, de modo que, ausentes os mencionados requisitos, dever-se-ia interpor o agravo retido (DONIZETTI, 2018).

Por derradeiro, resumidamente, o Código de Processo Civil de 1973 passou por diversas mudanças, por meio das Leis n. 9.139/95, 10.352/01 e 11.187/05 até a maior alteração – Código de Processo Civil de 2015 –, a qual restringiu as hipóteses de interposição do agravo de instrumento. A principal finalidade do advento desses diplomas legais foi conceder maior celeridade ao processo. Assim, o processo civil passou por diversas alterações em busca de reduzir o número de agravos de instrumento nos Tribunais de segundo grau (SCHEFFER, 2018).

2.3 Meios de impugnação das decisões interlocutórias no Código de Processo Civil de 2015

O Código de Processo Civil de 2015 adotou sistemática semelhante à do CPC de 1939, ou seja, as hipóteses de interposição do agravo foram enumeradas no art. 1.015 (ASSIS, 2017).

Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

- I - tutelas provisórias;
- II - mérito do processo;
- III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem;
- IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica;
- V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação;
- VI - exibição ou posse de documento ou coisa;
- VII - exclusão de litisconsorte;
- VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio;
- IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;
- X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução;
- XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º ;
- XII - (VETADO);
- XIII - outros casos expressamente referidos em lei.

Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

Segundo Yoshikawa (2017), o Código de Processo Civil de 2015 rompeu com o modelo do Código de Processo Civil de 1973, no que tange a matéria do agravo de instrumento, ruptura esta que se iniciou com o advento da Lei 11.187/05, visto que o Código de Processo Civil de 2015 estabeleceu um rol taxativo de hipóteses de

interposição do agravo de instrumento, bem como revogou a via do agravo retido, de modo que as decisões não abrangidas pelo art. 1.015, deste Código de Processo Civil, devem ser impugnadas nas preliminares do recurso de apelação ou em suas contrarrazões, sem a ocorrência de preclusão.

Segundo Theodoro Júnior (2018), no sentido técnico, não é possível afirmar que existem decisões interlocutórias irrecorríveis no Código de Processo Civil de 2015, uma vez que as decisões que não estão elencadas no rol taxativo do art. 1.015 do CPC/2015 podem ser impugnadas no recurso de apelação, conforme disposto no art. 1.009, §1º, do CPC/2015.

No mesmo sentido, Araken de Assis (2017) assevera que o legislador de 2015 preferiu extinguir a figura do agravo retido, de modo que as decisões irrecorríveis pela via instrumental podem ser arguidas em preliminar de apelação ou em contrarrazões de apelação, com fundamento no art. 1.009, §1º, do CPC/2015.

Portanto, com a extinção do agravo retido, somente caberia agravo de instrumento nos casos previstos em lei, de modo que as decisões não agraváveis poderiam ser impugnadas apenas em sede de apelação ou de contrarrazões de apelação. Contudo, o rol taxativo das hipóteses de interposição de agravo de instrumento se restringe ao processo de conhecimento, não sendo aplicável nas fases de liquidação, de cumprimento de sentença e no processo de execução de título extrajudicial, conforme previsto no parágrafo único do art. 1.015 do CPC. (DIDIER JR. E CUNHA, 2019).

Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

Quanto aos despachos proferidos pelos juízes, em regra, não cabe agravo de instrumento, salvo quando o despacho possuir conteúdo decisório, somente a nomenclatura do ato errônea. Como exemplo, tem-se o caso em que o magistrado determina que o autor se manifeste, quando o ônus pertencer ao réu. Nesse caso, o ato deixa de ter natureza de despacho e passa a ser uma decisão interlocutória, a qual pode ser agravada (ASSIS, 2017).

Entretanto, somente caberá o agravo de instrumento no caso posto quando a situação gerada pelo despacho com efeitos decisórios estiver incluída no rol taxativo do art. 1.015 (ASSIS, 2017).

A taxatividade das hipóteses de interposição do agravo de instrumento resultou em excessivas impetrações de mandados de segurança que objetivavam a tutela jurisdicional sobre as decisões interlocutórias não agraváveis, visto que dessas decisões não cabe nenhum recurso com efeito suspensivo, nos termos do art. 5º, II, da Lei n. 12.016/09 (THEODORO JÚNIOR, 2018).

No caso das hipóteses previstas no art. 1.015 do Código de Processo Civil em análise, caso a parte não interponha o agravo de instrumento impugnando a matéria, ocorrerá sua preclusão, de modo que não será possível discuti-la em sede de apelação (DIDIER JR. E CUNHA, 2019).

Portanto, a doutrina se posiciona no sentido de que o rol do art. 1.015 do CPC/2015 é taxativo de fato, contudo, não impossibilita sua interpretação extensiva, visto que objetiva a coesão do sistema processual, assim como evitar o uso demasiado do mandado de segurança como sucedâneo recursal (SANCHES JUNIOR e CARVALHO, 2017).

Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha (2019) se posicionam no sentido da possibilidade de interpretação extensiva do rol insculpido no art. 1.015 do Código de Processo Civil de 2015, ou seja, entendem que se pode adotar a interpretação corretiva, destacando-se a extensiva, pela qual se interpreta a norma além do que está escrito na letra fria da lei.

Utiliza-se, como exemplo da referida interpretação, a possibilidade de se interpretar o inciso III do art. 1.015 do CPC/15, o qual trata de decisão que rejeita alegação de convenção de arbitragem, para incluir nas hipóteses ali previstas as decisões que tenham por essência matéria relativa a competência (DIDIER JR. E CUNHA, 2019).

Em sentido contrário, Teresa Arruda Alvim Wambier (2016 apud SCHEFFER, 2018) defende que o legislador optou pelo rol taxativo, de modo que, nos casos não previstos no art. 1.015, dever-se-á impetrar mandado de segurança.

Da mesma forma que ocorreu na doutrina, a jurisprudência surgiu com divergências a respeito do tema. Têm-se, como exemplo, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e o Tribunal de Justiça do Paraná, com o posicionamento no sentido de interpretar o art. 1.015, especificamente o inciso III, de forma extensiva, para admitir agravo de instrumento contra decisão que versasse sobre competência, em analogia a decisões sobre convenção de arbitragem (SCHEFFER, 2018).

Em sentido contrário, verifica-se que o posicionamento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais e do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul é contrário à interpretação extensiva ou por analogia do art. 1.015. Para o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, apesar de admitir a possibilidade de interpretação extensiva, no caso da decisão que versa sobre competência, não há relação nenhuma com o disposto no inciso III do art. 1.015 do CPC/2015, ou seja, sobre interlocutórias que decidem a respeito de convenção de arbitragem (SCHEFFER, 2018).

No dia 5 de dezembro de 2018, o Superior Tribunal de Justiça enfrentou a matéria nos recursos especiais n. 1.696.396/MT e 1.704.520/MT, em sede de recursos repetitivos, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi. Restou decidido que o rol do art. 1.015 do CPC/15 possui taxatividade mitigada, ou seja, é admitida a interposição de agravo de instrumento caso verificada a urgência em razão da inutilidade do julgamento da matéria em sede de apelação (DIDIER JR. E CUNHA, 2019).

3. DOS CONCEITOS NECESSÁRIOS PARA ANÁLISE DO RECURSO ESPECIAL n. 1.704.520/MT

Para proceder a análise do Recurso Especial n. 1.704.520/MT, será necessário realizar uma pesquisa bibliográfica com o objetivo de colher informações importantes sobre os aspectos a serem analisados.

Dessa forma, neste capítulo será abordada pesquisa sobre os conceitos de objetivação aplicado pelos Tribunais Superiores, do pré-questionamento, bem como das possibilidades de interpretação utilizadas no Código de Processo Civil e do princípio da segurança jurídica.

3.1 Da objetivação no Processo Civil

Inicialmente, é visível a mudança de paradigma que ocorreu nos últimos anos, no sentido de o processo civil passar de um viés mais subjetivo para objetivo. Quanto ao procedimento recursal, verifica-se que a objetivação foi consolidada pelo Código de Processo Civil em vigor (CÔRTES, 2017).

Tal viés objetivo é referido por alguns autores, como tutela pluri-individual, a qual busca racionalização e eficiência. Dessa forma, a jurisprudência, de início, e a legislação, posteriormente, alteraram as características da prestação jurisdicional, resultando em sua objetivação (CÔRTES, 2017).

Nesse sentido, o procedimento recursal passou apresentar características relacionadas aos dos processos objetivos. Assim, foi a jurisprudência dos Tribunais Superiores que iniciou essa transição, com a posterior consolidação pela evolução da legislação (CÔRTES, 2017).

Como exemplo, tem-se a possibilidade de modulação dos efeitos em recurso extraordinário em controle difuso, uma vez que, anteriormente, somente era possível modular os efeitos em recurso extraordinário em controle concentrado. Dessa forma, no julgamento do recurso n. 197.917, em controle difuso de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal autorizou a modulação dos efeitos, fundamentando a decisão no princípio da segurança jurídica, por reputar que seria uma hipótese excepcional e muito grave (CÔRTES, 2017).

Portanto, indubitavelmente o Superior Tribunal de Justiça transmuda-se em Corte judicial que aprecia teses e julgamentos objetivos, e não somente julgamentos subjetivos. Nesse sentido, verifica-se que, no julgamento do recurso extraordinário n. 298.694, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, o Tribunal admitiu conhecer do recurso por violação de dispositivo constitucional, mas negou-lhe provimento com fundamento em dispositivo da Constituição Federal não trazido nas razões recursais, ou seja, extrapolou os argumentos trazidos pela parte, com a finalidade de apreciar determinada questão relevante. Dessa forma, foi mitigado o princípio do dispositivo, autorizando o exame de ponto não trazido pela parte em suas razões recursais (CÔRTES, 2017).

A importância da objetivação do processo civil, em especial quanto aos procedimentos recursais, é a busca por alternativas ágeis quanto aos casos mais corriqueiros, de modo que o tribunal teria maior tempo para analisar teses e casos com maior relevância relevantes (CÔRTES, 2017).

No mesmo sentido, Medina (2018) defende que os tribunais superiores têm papel preponderante de definição do direito objetivo, mesmo que ainda julguem casos individuais. A ideia de objetivar o direito é ressaltada pelo Código de Processo Civil de 2015, de modo que visa a uniformização da jurisprudência, tanto horizontal quanto vertical.

O Superior Tribunal de Justiça, desde 2009, com a Resolução n. 12/STJ, teve uma evolução jurisprudencial em busca de um processo mais objetivo, uma vez que passou a admitir o cabimento de reclamação em decorrência de descumprimento de decisões da Corte Superior por parte de Turmas Recursais dos Juizados Especiais. Dessa forma, no julgamento da RCL 3752/GO, foi decidido que deve haver alguma forma de controle de aplicação da legislação infraconstitucional quando não for cabível recurso especial em face de decisões das turmas recursais dos juizados especiais cíveis, ou seja, trata-se de um modelo que permita impor a observância às decisões pacificadas pelo Tribunal Superior (CÔRTES, 2017).

Seguindo a tendência contemporânea de objetivação do processo civil, o STJ firmou jurisprudência no sentido da não possibilidade de desistência de recursos repetitivos, de modo que o interesse de quem recorre passou para o segundo plano,

em razão do interesse público do tribunal superior em definir a tese jurídica em análise (CÔRTEES, 2017).

A Lei n. 11.672/2008, criou o instituto dos recursos repetitivos, o qual corroborou com a mudança de paradigma, fortalecendo a ideia de objetivação do processo civil, de modo que o STJ e o STF passaram a firmar teses, de forma objetiva, as quais devem ser observadas pelos tribunais de hierarquia inferior, objetivando a uniformização dos julgados. Em que pese aos Tribunais Superiores passarem a ter um viés mais objetivo, não quer dizer que não irão julgar as causas individuais, ou seja, subjetivas (CÔRTEES, 2017).

É de se notar, porém, que o Código de Processo Civil regulamentou, de forma mais completa e abrangente, os recursos repetitivos, uma vez que especificou, com maiores detalhes, as questões referentes à desistência de recursos, procedimento de distinção entre o paradigma e o caso concreto afetado e, em especial, a decisão de afetação, dentre outros institutos que reforçam a aplicação dos recursos repetitivos (CÔRTEES, 2017).

Nesta senda, os Tribunais Superiores devem manter a jurisprudência uniformizada, ou seja, estável, íntegra e coerente, conforme dispõe o art. 926 do Código de Processo Civil de 2015, e os demais órgãos devem observar as teses estabelecidas pelas Cortes Superiores, ainda que os magistrados julguem pela não aplicação do entendimento no caso concreto, ou pela superação da tese posta (MEDINA, 2018).

Nesse sentido, até mesmo os tribunais de segunda instância passaram a firmar teses, as quais devem ser observadas pelos juízos a eles vinculados, por meio do incidente de resolução de demandas repetitivas. De igual modo, o Código de Processo Civil de 2015 autorizou o juízo de primeiro grau a proceder ao julgamento de improcedência liminar do pedido ampliando, de forma importante, tal possibilidade em relação à legislação anterior, o que é possível verificar da leitura do disposto no art. 332 do CPC/2015, e o relator a decidir monocraticamente, no Tribunal de segundo grau, com fundamento nos arts. 332 e 932, IV e V, do CPC/2015, respectivamente, caso exista decisão do Tribunal Superior em recurso repetitivo, ficando evidente que os paradigmas são aplicados nos julgamentos de forma objetiva (CÔRTEES, 2017).

Por derradeiro, verifica-se que ocorreu a mudança de paradigma, passando de um processo civil essencialmente subjetivo para objetivo, no qual a maior preocupação é com a formação de teses e com observância da jurisprudência majoritária; e a menor, com os julgamentos individuais. Desse modo, a objetivação do processo civil busca a racionalização e a celeridade na prestação jurisdicional (CÔRTEZ, 2017).

3.2 Do pré-questionamento

O recurso extraordinário e o recurso especial são recursos excepcionais, os quais possuem requisitos de admissibilidade específicos para que sejam admitidos nos tribunais superiores. Nesse sentido, um dos requisitos é o instituto do pré-questionamento (DIDIER JR. E CUNHA, 2019).

Para que uma matéria seja considerada pré-questionada, é necessário que o tribunal de primeiro grau a tenha enfrentado no acórdão impugnado, ou seja, sobre o objeto dos recursos excepcionais (DIDIER JR. E CUNHA, 2019).

Para Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha (2019), os tribunais superiores, ao julgarem o recurso tido como excepcional, devem avaliar somente as matérias que já foram apreciadas pelo tribunal ante, em razão da natureza excepcional desses recursos.

O pré-questionamento pode ocorrer em duas modalidades, quais sejam, o explícito e o implícito. O primeiro refere-se ao acórdão que enfrenta a matéria impugnada pelo recurso excepcional e, conjuntamente, indica o dispositivo legal na decisão. No segundo, a matéria objeto do recurso é enfrentada, porém o julgador não indica o dispositivo (DIDIER JR. E CUNHA, 2019).

Entretanto, para se ter por pré-questionada a matéria, não basta que o acórdão indique somente o dispositivo, verifica-se que é essencial que, para além da simples indicação, haja o real enfrentamento da matéria (DIDIER JR. E CUNHA, 2019).

Têm-se como exemplo a situação em que a parte tenha invocado perante o tribunal de origem a matéria objeto do recurso excepcional. Entretanto, a referida corte se omite quanto a esta alegação da parte. Diante dessa decisão, a parte opõe embargos de declaração, objetivando o pré-questionamento da matéria, mas estes

aclaratórios não são acolhidos, persistindo a omissão sobre o objeto do futuro recurso excepcional (DIDIER JR. E CUNHA, 2019).

Com base no exemplo acima, o Superior Tribunal de Justiça entendia que o recurso especial não podia ser conhecido, por reputar que a matéria não havia sido pré-questionada, inadmitindo o recurso, mesmo que a matéria tenha sido impugnada pela parte e o tribunal tenha a ignorado (DIDIER JR. E CUNHA, 2019). Nesse sentido foi editada a Súmula n. 211 do STJ, cujo enunciado é o seguinte:

Súmula n. 211 STJ: Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo.

Em sentido contrário, o Supremo Tribunal Federal conhecia do recurso extraordinário, na situação posta acima, por entender que, apesar do acórdão recorrido não enfrentar a matéria impugnada, os embargos de declaração opostos seriam-suficientes para configurar o pré-questionamento. Dessa forma, a referida situação foi denominada de pré-questionamento ficto, entendimento este sumulado (DIDIER JR. E CUNHA, 2019):

Súmula n. 356 STF: O ponto omissso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.

Contudo, ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1973, verifica-se a existência, de algumas decisões, do Supremo Tribunal Federal de interpretação do instituto do pré-questionamento no mesmo sentido que o Superior Tribunal de Justiça, ou seja, de forma contrária ao pré-questionamento ficto (DIDIER JR. E CUNHA, 2019).

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, o entendimento anterior do Supremo Tribunal Federal foi consagrado, de modo que o pré-questionamento ficto passou a ser positivado por meio do disposto no art. 1.025 deste diploma legal. Observa-se:

Art. 1.025. Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.

Para Araken de Assis (2017), a disciplina do pré-questionamento sofreu alterações pelo Código de Processo Civil de 2015, visto que o recorrente,

anteriormente à sua vigência, devia interpor embargos de declaração objetivando pré-questionar a controvérsia federal. Nesse caso, era pleiteada pelo recurso especial a nulidade do julgamento, por ofensa às hipóteses de cabimento dos embargos de declaração, e, subsidiariamente, caso o tribunal superior entendesse que a matéria estivesse pré-questionada, pugnavam-se pela reforma do acórdão.

Entretanto, o Código de Processo Civil de 2015 busca priorizar o julgamento do mérito, visando a economia processual, a fim de assegurar maior tranquilidade ao recorrente. Dessa forma, as matérias suscitadas pelo embargante estariam incluídas no acórdão, mesmo que rejeitados os aclaratórios, desde que o Superior Tribunal de Justiça entendesse pela presença de qualquer dos vícios da omissão, contradição ou obscuridade, trata-se de uma ficção criada pela nova legislação (ASSIS, 2017).

No mesmo sentido, Humberto Theodoro Júnior (2018) destaca que o art. 1.025 do CPC/15 considera incluídos no acórdão os argumentos suscitados em sede de embargos de declaração, de modo que o Código de Processo Civil objetiva não deixar a parte desamparada diante de situações como a exemplificada anteriormente.

Entretanto, em que pese ao Código de Processo Civil de 2015 prevê a figura do pré-questionamento ficto no art. 1.025, o Superior Tribunal de Justiça ainda adota o entendimento, no julgamento do agravo interno no agravo em recurso especial n. 1358814/RS, de relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, segunda turma, da necessidade de a parte arguir violação do art. 1.022 do CPC/15 pelo tribunal de segunda instância para considerar a matéria pré-questionada, não bastando a simples interposição dos embargos de declaração. Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 3/STJ. SERVIDOR PÚBLICO. EXECUÇÃO "INVERTIDA". AFASTAMENTO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS EM DESFAVOR DO ESTADO. SUPOSTA OFENSA AO ART. 1º-D DA LEI Nº 9.494/97, BEM COMO AOS ART. 20, § 4º, DO CPC/1973 E ART. 534 DO CPC/2015 (ART. 730 DO CPC/73). MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA Nº 211/STJ. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM PARA FINS DE PREQUESTIONAMENTO. IRRELEVÂNCIA. FALTA DE EMISSÃO DE JUÍZO DE VALOR SOBRE A MATÉRIA. PREQUESTIONAMENTO FICTO. ART. 1025 DO CPC/2015. NECESSIDADE DE ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 1022 DO CPC/2015. INOCORRÊNCIA. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. Segundo já consignado na decisão agravada, o Tribunal de origem, mesmo após a oposição dos embargos de declaração, não se manifestou sobre a tese de impossibilidade de condenação da Fazenda Pública em honorários

advocatícios na denominada "execução invertida", o que impede a apreciação da matéria por esta Corte Superior, por falta de prequestionamento, nos termos da Súmula nº 211/STJ.

2. O simples fato de o Tribunal de origem acolher os embargos de declaração para fins de prequestionamento, dando como prequestionados a matéria e os dispositivos invocados nos aclaratórios não é suficiente para abrir a via especial, sendo necessária a efetiva apreciação da questão pela Corte local, com emissão de juízo de valor, em razão do requisito constitucionalmente previsto no art. 105, III, da Constituição Federal. Precedentes.

3. O prequestionamento ficto, previsto no art. 1025 do CPC/2015, pressupõe que a parte recorrente, após a oposição dos embargos de declaração na origem, também suscite nas razões do recurso especial violação ao art. 1022 do CPC/2015, por negativa de prestação jurisdicional, pois somente dessa forma é que o Órgão julgador poderá verificar a existência do vício e proceder à supressão de grau, o que não ocorreu na espécie.

4. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp 1.358.814/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/2/2019, DJe 26/2/2019)

Portanto, verifica-se que, apesar de o Código de Processo Civil de 2015 prevê a figura do pré-quesitonamento ficto, no art. 1.025, os tribunais superiores permanecem não o aplicando, justificando que nas instâncias ordinárias não houve omissão quanto à matéria.

3.3 Da taxatividade do rol do art. 1.015 do CPC/15 e das possibilidades de interpretação

Existem diferentes tipos de interpretação da norma, dentre estes aponta-se a interpretação literal e a extensiva, além de outras possíveis formas (DIDIER JR. E CUNHA, 2019).

De início, a interpretação literal é a mais utilizada, visto que se trata da modalidade em que o enunciado da norma é interpretado em seu sentido literal, para posteriormente se proceder à interpretação crítica e sistemática, objetivando analisar se a interpretação literal está de acordo com o sistema no qual está inserida (DIDIER JR. E CUNHA, 2019).

Em caso de negativa, procede-se às interpretações corretivas, destacando a extensiva. Esta que é um meio de ampliar o sentido literal da norma (DIDIER JR. E CUNHA, 2019).

Para Fredie Didier Junior e Leonardo Carneiro da Cunha (2019), o direito brasileiro adotou a interpretação extensiva em vários casos de rol taxativo. Como exemplo, tem-se o caso da ação rescisória, a qual, inicialmente, se tratava hipóteses

taxativas de ajuizamento previstas no art. 485 do CPC/1973. Contudo, utilizando da interpretação extensiva, atualmente, é possível o seu ajuizamento no caso de reconhecimento de procedência do pedido, com fundamento no inciso III do referido dispositivo legal, o qual previa o cabimento da ação autônoma no caso de invalidar confissão, desistência ou transação em que se baseava a sentença a ser rescindida (DIDIER JR. E CUNHA, 2019).

Em contrapartida, a interpretação analógica é aquela em que duas coisas se assemelham em determinado aspecto, de modo que, tanto uma quanto a outra, poderão servir de resposta para determinada questão (MAXIMILIANO, 2018).

Para Fábio Ulhoa Coelho (2016), a interpretação extensiva e a analógica possuem diferenças tênues. Na interpretação extensiva, o intérprete busca encontrar significados dentro da própria norma jurídica, revelando o seu verdadeiro alcance, ou seja, o dispositivo legal não expressava aquele sentido, mas já o havia inserido na norma. Na interpretação analógica, o intérprete busca no ordenamento jurídico situação que seja semelhante para suprir a lacuna deixada pelo dispositivo legal.

Nesse sentido, Tercio Sampaio Ferraz Junior (2011 *apud* CASTRO, 2017) faz a diferenciação da interpretação extensiva para a analógica:

O cuidado especial com a interpretação extensiva provoca a distinção entre esta e a interpretação por analogia. A doutrina afirma que a primeira se limita a incluir no conteúdo da norma um sentido que já estava lá, apenas não havia sido explicitado pelo legislador. Já na segunda, o intérprete toma de uma norma e aplica a um caso para o qual não havia preceito nenhum, pressupondo uma semelhança entre os casos (...).

Dessa forma, verifica-se que, primeiramente, a interpretação que deve ser feita é a literal, procedendo-se à interpretação corretiva caso seja necessário. Assim, abre-se possibilidades de interpretação, em especial, para o caso em exame, tem-se a analógica e a extensiva. Estas formas interpretativas serão utilizadas para análise do Recurso Especial nº 1.704.520/MT.

3.4 Do princípio da segurança jurídica

Para Oliveira (2018), a segurança jurídica é tratada no Direito Processual Civil como um princípio acessório, uma vez que serve de suporte para os demais assuntos.

Dessa forma, há carência doutrinária específica sobre esse princípio, no âmbito do processo civil.

Nesse sentido, deve-se tratar do princípio da segurança jurídica no processo como um todo, ou seja, aplicar uma análise do processo de forma interna e externa. Assim, a segurança do processo não será vista apenas em sua estrutura interna, por exemplo na garantia do contraditório e da ampla defesa, mas é necessário observar sua aplicação externa (OLIVEIRA, 2018).

Segundo Oliveira (2018), para se obter um processo civil seguro, é necessário atender a duas exigências fundamentais:

a) suas disposições devem ser dotadas de clareza normativa; e **b)** suas normas devem ser aptas a conferir previsibilidade quanto à forma de tutela dos direitos. São dois vetores principais que devem orientar os Poderes da República e os operadores do direito ao editar, interpretar e aplicar as disposições normativas processuais.

Quanto à primeira exigência, as normas contidas no processo civil devem ser claras o suficiente para garantir sua aplicabilidade pelos operadores do direito, uma vez que não há que se falar em processo seguro caso as normas não se apresentem com coerência e clareza. A segunda exigência trata da previsibilidade, de modo que o operador do direito possa prever como pode resultar o deslinde da questão, como a forma que serão aplicadas as normas no processo, sem a ocorrência de arbitrariedades (OLIVEIRA, 2018).

Para Cláudio Pereira de Souza Neto (2018), a segurança pode ser entendida em três dimensões, quais sejam, estabilidade, previsibilidade, e redução de riscos.

A primeira dimensão é a da estabilidade das relações jurídicas, a qual tem como principais garantias o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Sem maiores contextualizações, essas garantias são essenciais para gerar estabilidade jurídica, de modo que não se pode modificar as decisões transitadas em julgado, exceto em situações excepcionais (SOUZA NETO, 2018).

A segunda dimensão é a da previsibilidade da atuação estatal, resumidamente, visa-se impedir que o Estado atue de forma arbitrária, de modo que, com a previsibilidade, os particulares tenham a possibilidade de prever e saber as consequências da atuação estatal (SOUZA NETO, 2018).

Por derradeiro, a terceira dimensão é a da redução dos riscos, a qual objetiva, justamente, diminuir os riscos perante a situação específica, como, por exemplo, diante das políticas públicas de segurança, esta que visa um cenário de tranquilidade para que os particulares atuem com segurança (SOUZA NETO, 2018).

Portanto, é salutar que as decisões do Superior Tribunal de Justiça não gerem maior insegurança jurídica no ordenamento jurídico, de modo que tais decisões, em sede de recurso repetitivos, devem-se atentar as possíveis consequências no processamento das demandas.

4. ANÁLISE DO RECURSO ESPECIAL 1.704.520/MT

O Código de Processo Civil de 2015 alterou a forma de processamento do recurso de agravo de instrumento, uma vez que enumerou as hipóteses de interposição desse recurso, no rol do art. 1.015. Entretanto, este tema passou a ser controverso, em razão da impossibilidade de recorrer em algumas hipóteses, como, por exemplo, das decisões que versassem sobre competência.

Dessa forma, diante da taxatividade estabelecida pelo Código de 2015, as partes passaram a buscar alternativas para impugnar essas decisões fora do rol do art. 1.015. Assim, uma das teses apontadas foi a interpretação extensiva, na qual a parte alegava a possibilidade de interpor o agravo de instrumento em face de decisão sobre competência, interpretando extensivamente o inciso III do art. 1.015 do CPC/15.

Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

I - tutelas provisórias;

II - mérito do processo;

III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem;

IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica;

V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação;

VI - exibição ou posse de documento ou coisa;

VII - exclusão de litisconsorte;

VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio;

IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;

X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução;

XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do [art. 373, § 1º](#);

XII - (VETADO);

XIII - outros casos expressamente referidos em lei.

Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

Entretanto, as decisões interlocutórias que não estão previstas no referido dispositivo ainda são recorríveis, mas em momento diverso. Essa foi a escolha do legislador, objetivando um processo mais célere. Assim, tais decisões poderão ser impugnadas nas razões ou contrarrazões de apelação, conforme disposto no art. 1.009, §1º, do Código de Processo Civil de 2015.

Art. 1.009. Da sentença cabe apelação.

§ 1º As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões.

Nessa perspectiva, o Superior Tribunal de Justiça se deparou com a interposição de diversos recursos questionando a matéria, razão pela qual essa Corte Superior afetou o Recurso Especial n. 1.696.396/MT e o Recurso Especial n. 1.704.520/MT ao rito dos recursos repetitivos, nos seguintes termos:

PROPOSTA DE AFETAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. SELEÇÃO. AFETAÇÃO. RITO. ARTS. 1.036 E SS. DO CPC/15. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTROVÉRSIA. NATUREZA. ROL DO ART. 1.015 DO CPC/15.

1. Delimitação da controvérsia: definir a natureza do rol do art. 1.015 do CPC/15 e verificar possibilidade de sua interpretação extensiva, para se admitir a interposição de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que verse sobre hipóteses não expressamente versadas nos incisos de referido dispositivo do Novo CPC.

2. Afetação do recurso especial ao rito do art. 1.036 e ss. do CPC/2015. (ProAfR no REsp 1704520/MT, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 20/02/2018, DJe 28/02/2018)

Com a decisão de afetação dos recursos ao rito dos recursos repetitivos, procedeu-se o julgamento, de relatoria da Ministra Nancy Andrichi pelo Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, o qual fixou, por sete votos a cinco, a tese de que “o rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação.” (Trecho do voto da Min. Nancy Andrichi no REsp 1.704.520/MT, Corte Especial do STJ, j. 5 dez. 2018, DJ 19 dez. 2018).

Cumprе ressaltar que a Ministra Maria Thereza de Assis Moura inaugurou a divergência da tese acima posta, no sentido de que “somente tem cabimento agravo de instrumento nas hipóteses previstas expressamente no art. 1.015 do CPC”. A tese foi acompanhada pelos Ministros Og Fernandes, Humberto Martins, João Otávio de Noronha e Mauro Campbell Marques (Trecho do voto da Min. Maria Thereza no REsp 1.704.520/MT, Corte Especial do STJ, j. 5 dez. 2018, DJ 19 dez. 2018).

Nesse diapasão, diante do julgamento do Recurso Especial n. 1.704.520/MT, com divergência no próprio tribunal superior, é que se procederá à análise a seguir exposta.

4.1 Da aplicação da objetivação, da afetação e do pré-questionamento no Recurso Especial 1.704.520/MT

O Recurso Especial 1.704.520/MT foi julgado, afetado pelo rito dos recursos repetitivos, no dia 5 de dezembro de 2018, juntamente com o Recurso Especial 1.696.396/MT, oportunidade na qual foram utilizados como casos paradigmas para criar a tese de interpretação do art. 1.015 do Código de Processo Civil.

Ocorre que ambos os casos afetados para o julgamento pelo rito dos recursos repetitivos objetivavam a possibilidade de interpretar extensivamente o art. 1.015 do Código de Processo Civil, para possibilitar a interposição do agravo de instrumento no caso em que a decisão interlocutória versar sobre competência, com fundamento no inciso III do referido dispositivo legal.

A tese firmada no julgamento do Recurso Especial 1.704.520/MT, qual seja, “*o rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação.*”, não observou os limites estabelecidos nos casos paradigmas (Trecho do voto da Min. Nancy Andrighi no REsp 1.704.520/MT, Corte Especial do STJ, j. 5 dez. 2018, DJ 19 dez. 2018).

Sendo assim, verifica-se que o julgamento do Recurso Especial em referência é um exemplo positivo de aplicação da teoria da objetivação nos tribunais superiores, uma vez que a tese firmada foi mais abrangente com o objetivo de pacificar a matéria.

Nesse sentido, Fredie Didier Jr. e Leonardo Careiro da Cunha (2019) lecionam:

Os referidos recursos especiais tratavam do cabimento do agravo de instrumento contra decisão que versava sobre competência. A tese fixada foi além do objeto da discussão do caso concreto para estabelecer regra geral, aplicável a todo e qualquer caso em que se verifique urgência ou necessidade de apreciação imediata da questão posta a julgamento. É possível questionar se, efetivamente, há aí um precedente obrigatório, pois a tese vai além do que se precisava para julgar o caso concreto. De todo modo, a regra construída resolve o problema da competência, servindo, numa distinção ampliativa, para outros casos. O certo é que se trata de precedente duplamente obrigatório, pois foi proferido pelo órgão especial do STJ (art. 927, V, CPC) em caso repetitivo (art. 927, III, do CPC).

Dessa forma, o Superior Tribunal de Justiça, na espécie, exerceu o papel preponderante de criação de teses, de modo que está atuando com o objetivo de uniformizar a jurisprudência nos tribunais, este que pode não aplicar a tese no caso concreto, mas deve observá-la (MEDINA, 2018).

Noutra senda, para interpor um recurso especial é necessário observar os requisitos de admissibilidade. Um desses requisitos é o pré-questionamento, o qual estabelece que a matéria deve ser debatida nas instâncias ordinárias para que o recurso possa ser admitido no Tribunal Superior (DIDIER JR. E CUNHA, 2019).

Entretanto, verifica-se, no caso em exame, que o Superior Tribunal de Justiça utilizou dois recursos paradigmas que questionavam apenas a possibilidade de interposição de agravo de instrumento em face de decisão interlocutória que verse sobre competência, com base na interpretação extensiva do art. 1.015, inciso III, do Código de Processo Civil de 2015.

Assim, necessário ressaltar que a tese firmada foi mais abrangente em relação aos pedidos dos recursos paradigmas, de modo que grande parte da matéria decidida não foi pré-questionada nos recursos em referência.

O instituto do pré-questionamento é aplicado pelos Tribunais Superiores com rigor, como se vê na jurisprudência pátria, mas, para o caso posto, essa matéria sequer foi ventilada no julgamento em referência.

Portanto, analisando o caso, com vistas à função dos Tribunais Superiores, pode-se dizer que o instituto do pré-questionamento foi relativizado, com a finalidade de priorizar a criação de teses.

Nesse sentido, é possível concluir que o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento em análise, aplicou a teoria da objetivação do Recurso Especial, com a finalidade de criação de tese pela Corte Superior, de modo que deixou os casos paradigmas em segundo plano, uma vez que sequer foi analisado se a matéria havia sido pré-questionada. Além disso, verifica-se que a afetação poderia ter sido mais abrangente, para que os casos paradigmas abarcassem todas as hipóteses insculpidas no art. 1.015 do Código de Processo Civil de 2015.

4.2 Do julgamento pela Corte Especial no Superior Tribunal de Justiça

No caso em exame, o recurso repetitivo foi distribuído para a Ministra Nancy Andrighi. Após os procedimentos de afetação adotados pela Relatora, o repetitivo deve ser incluído em pauta para julgamento na Corte Especial, conforme previsto no art. 256-N do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. Confira:

“Art. 256-N. Após a liberação do relator, o processo será incluído na pauta para julgamento na Seção ou na Corte Especial.”

Dessa forma, verifica-se que a Corte Especial é composta por quinze Ministros, como previsto no Regimento Interno, no art. 2º, §2º, nos seguintes termos: *“A Corte Especial será integrada pelos quinze Ministros mais antigos e presidida pelo Presidente do Tribunal.”*

Contudo, o julgamento do Recurso Especial em referência teve resultado de sete votos a cinco para determinar a tese da taxatividade mitigada, ou seja, três Ministros que compõem a Corte Especial não participaram do julgamento.

Nesse diapasão, os Ministros Francisco Falcão e Herman Benjamin e a Ministra Laurita Vaz não votaram no caso do repetitivo em análise. Ocorre que em caso de presença dos Ministros acima mencionados, o julgamento poderia ter tomado rumo diverso. Ora, diante de um julgamento de suma importância para o processamento dos recursos de agravo de instrumento, seria prudente que todos os Ministros que compõem a Corte Especial participassem do julgamento.

Assim, tornou-se questionável a forma de processamento do presente repetitivo, visto que era salutar a participação de todos os Ministros ao julgar o caso.

Portanto, em que pese o julgamento do presente repetitivo ter firmado a tese da taxatividade mitigada do art. 1.015 do Código de Processo Civil de 2015, é possível haver uma futura revisão da matéria, diante da divergência posta pelos Ministros vencidos, com a real possibilidade de ter obtido um resultado diverso.

4.3 Da taxatividade mitigada e o risco à segurança jurídica

Inicialmente, vê-se que a exposição de motivos do Código de Processo Civil de 2015 previu que:

“O agravo de instrumento ficou mantido para as hipóteses de concessão, ou não, de tutela de urgência; para as interlocutórias de mérito, para as interlocutórias proferidas na execução (e no cumprimento de sentença) e para todos os demais casos a respeito dos quais houver previsão legal expressa.”

Assim, a interposição de agravo de instrumento somente poderia ser feita nas hipóteses previstas expressamente pela legislação, essa era a vontade do legislador, expressada na exposição de motivos do Código de Processo Civil de 2015, o qual

objetivava maior celeridade processual, uma vez que as hipóteses não previstas expressamente seriam analisadas sem sede de apelação. Confira-se:

“Desapareceu o agravo retido, tendo, correlatamente, sido alterado o regime das preclusões. Todas as decisões anteriores à sentença podem ser impugnadas na apelação. Ressalte-se que, na verdade, o que se modificou, nesse particular, foi exclusivamente o momento da impugnação, pois essas decisões, de que se recorria, no sistema anterior, por meio de agravo retido, só eram mesmo alteradas ou mantidas quando o agravo era julgado, como preliminar de apelação. Com o novo regime, o momento de julgamento será o mesmo; não o da impugnação.”

Entretanto, a Relatora Nancy Andrighi definiu a tese da taxatividade mitigada com base na urgência, como se vê no trecho do voto vencedor a seguir exposto:

“Nesse contexto, e como mencionado anteriormente, houve uma escolha político-legislativa ao limitar o cabimento do agravo de instrumento, adotando-se como critério, para a enunciação abstrata das hipóteses desde logo recorríveis, aquelas “situações que, realmente, não podem aguardar rediscussão futura em eventual recurso de apelação” (Parecer no 956 de 2014, de relatoria do Senador Vital do Rego). É possível extrair desse critério que o recurso será cabível em situações de urgência, devendo ser este o elemento que deverá nortear quaisquer interpretações relacionadas ao cabimento do recurso de agravo de instrumento fora das hipóteses arroladas no art. 1.015 do CPC.” (Trecho do voto da Min. Nancy Andrighi no REsp 1.704.520/MT, Corte Especial do STJ, j. 5 dez. 2018, DJ 19 dez. 2018).

Entretanto, havia outras técnicas de interpretação do art. 1.015 do Código de Processo Civil de 2015, caso o entendimento da taxatividade proposta pelo legislador não abarcasse hipóteses importantes para interpor o referido recurso. Como exemplo, tem-se a interpretação extensiva, a qual, como verificado anteriormente, já foi utilizada em diversas outras oportunidades neste código.

Assim, a interposição de agravo de instrumento fora das hipóteses previstas em lei teria alguma relação com as hipóteses insculpidas pelo legislador, de modo que não estaria realizando uma abertura significativa de hipóteses de interposição do recurso.

Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha (2019) defendiam que a interpretação do art. 1.015 do Código de Processo Civil deveria acontecer, em especial a analógica ou a extensiva. Mas o Superior Tribunal de Justiça foi além das teses encampadas pelos referidos doutrinadores para solucionar a problemática da taxatividade das hipóteses de interposição de agravo de instrumento.

Noutra senda, a Ministra Maria Thereza de Assis Moura inaugurou a divergência. O fundamento do voto divergente foi no sentido de que o legislador fixou que as decisões interlocutórias não previstas no rol do art. 1.015 do Código de Processo Civil de 2015 seriam impugnadas posteriormente, em observância ao princípio da duração razoável do processo (Trecho do voto da Min. Maria Thereza no REsp 1.704.520/MT, Corte Especial do STJ, j. 5 dez. 2018, DJ 19 dez. 2018).

Na percepção da Ministra Maria Thereza, a interpretação extensiva ou analógica do rol que prevê as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento e a tese da utilização do critério da urgência, proposta pela relatora Ministra Nancy Andrighi, pode gerar insegurança jurídica, especialmente quanto ao instituto da preclusão (Trecho do voto da Min. Maria Thereza no REsp 1.704.520/MT, Corte Especial do STJ, j. 5 dez. 2018, DJ 19 dez. 2018).

A Ministra Maria Thereza leciona em seu voto a possível insegurança jurídica quanto ao instituto da preclusão. Vejamos.

O legislador, ao eleger a regra processual, enumerou exhaustivamente as decisões interlocutórias impugnáveis por agravo de instrumento e determinou, no § 1º do art. 1.009, que versa sobre a apelação, que “As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões”. Desse modo, se a decisão interlocutória não consta da lista do art. 1.015 do CPC e a parte a impugna somente em preliminar de apelação, não há falar em preclusão, pela regra posta. Porém, se houver entendimento no sentido de que o decisum poderia ter sido objeto de agravo de instrumento por interpretação extensiva ou analogia, indago: qual será o marco preclusivo? (Trecho do voto da Min. Maria Thereza no REsp 1.704.520/MT, Corte Especial do STJ, j. 5 dez. 2018, DJ 19 dez. 2018).

Nesse íterim, a principal problemática do presente artigo está na definição da urgência como critério para a admissibilidade de recurso de agravo de instrumento, uma vez que se trataria de critério subjetivo. Todavia, a Ministra relatora fundamentou a utilização do critério da urgência em seu julgado da seguinte forma:

“De fato, admitindo-se a possibilidade de impugnar decisões de natureza interlocutória não previstas no rol do art. 1.015, em caráter excepcional, tendo como requisito objetivo a urgência decorrente da inutilidade futura do julgamento diferido da apelação, evidentemente não haverá que se falar em preclusão de qualquer espécie.” (Trecho do voto da Min. Nancy Andrighi no REsp 1.704.520/MT, Corte Especial do STJ, j. 5 dez. 2018, DJ 19 dez. 2018).

Ora, o critério da urgência não pode ser observado com objetividade, visto que, *data vênia*, é evidente seu caráter subjetivo, de modo que os magistrados, ao se depararem com a mesma situação, podem ter visões diversas quanto ao caráter de urgência no caso concreto.

Assim, verifica-se que, com a aplicação da taxatividade mitigada, o grau de previsibilidade será menor, visto que a subjetividade da urgência que regerá as hipóteses de interposição do agravo de instrumento (SOUZA NETO, 2018).

No mesmo sentido, Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha (2019) sustentam a tese de que a decisão em análise pode causar insegurança jurídica, concluindo que a Ministra Nancy Andrighi, para reduzir os possíveis efeitos negativo, acrescentou à tese que, no caso de interposição de agravo de instrumento com fundamento na urgência, não há que se falar em nenhum tipo de preclusão.

Dessa forma, conclui-se que a parte, a qual deixou de interpor agravo de instrumento em face de decisão interlocutória, poderá impugnar em sede de apelação, ou contrarrazões de apelação, de modo que as interlocutórias fora do rol taxativo do art. 1.015 do Código de Processo Civil podem ser impugnadas por dois recursos, diante da decisão do Superior Tribunal de Justiça (DIDIER JR. E CUNHA, 2019).

Noutra senda, a Ministra Nancy Andrighi propôs a modulação dos efeitos da seguinte forma:

Para proporcionar a necessária segurança jurídica, não há objeção ou dificuldade em se criar, para a situação em exame, um regime de transição que module os efeitos da decisão desta Corte, caso seja adotada a tese jurídica da taxatividade mitigada.

Isso porque o art. 23 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, introduzido pela Lei no 13.655/2018, expressamente prevê que “a decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais”.

Adotado o regime de transição, a modulação será feita com a aplicação da tese somente às decisões interlocutórias proferidas após a publicação do acórdão que a fixar. (Trecho do voto da Min. Nancy Andrighi no REsp 1.704.520/MT, Corte Especial do STJ, j. 5 dez. 2018, DJ 19 dez. 2018).

Nesse diapasão, esse foi um aspecto positivo da decisão frente o princípio da segurança jurídica, uma vez que fixou a data para aplicação da tese resultante do julgamento do recurso em exame.

No mesmo sentido, Marcos Vinícius Furtado Coêlho (2015) leciona que:

A segurança jurídica e seus postulados decorrentes, como a irretroatividade da lei, a modulação dos efeitos das mudanças interpretativas dentre outros, são universais. Há um brocardo jurídico já consagrado, segundo o qual: *tempus regit actum*, que significa, literalmente, o tempo rege o ato. Isto é, a lei a ser aplicada a determinado fato é a lei que se encontrava vigente no momento de sua ocorrência.

Pode-se dizer então que a irretroatividade da lei é uma decorrência do princípio *tempus regit actum*, isto é, se por esse princípio só se aplica aos fatos ocorridos durante a sua vigência, é lógico compreender-se que a lei não se aplica a fatos anteriores à sua vigência.

Portanto, somente será aplicada a nova tese para as situações posteriores ao julgamento, ou seja, após a publicação do acórdão do Recurso Especial nº 1.704.520/MT, eis que a nova interpretação não retroagirá aos atos praticados anteriormente.

Por derradeiro, o cenário posterior ao julgamento do Superior Tribunal de Justiça é o seguinte: (i) as hipóteses insculpidas pelo legislador no art. 1.015 do Código de Processo Civil de 2015 são impugnáveis pelo agravo de instrumento, sob pena de preclusão; (ii) as hipóteses previstas no parágrafo único do art. 1.015 do CPC são impugnáveis pelo agravo de instrumento, sob pena de preclusão; (iii) as decisões interlocutórias não previstas no art. 1.015 do CPC serão impugnáveis pelo agravo de instrumento e pela apelação, sendo que ocorrerá a preclusão temporal, no caso de impugnada na apelação, e a preclusão consumativa, caso o agravo de instrumento seja conhecido (DIDIER JR. E CUNHA, 2019).

5. CONCLUSÃO

O Código de Processo Civil de 2015 previa um rol de hipóteses de interposição do agravo de instrumento, o qual, a princípio, era taxativo, de modo que somente as interlocutórias previstas expressamente pela legislação poderia ser impugnada pelo agravo de instrumento.

Essa sistemática já existiu no Brasil com o Código de Processo Civil de 1939, o qual possuía suas hipóteses de interposição de agravo de instrumento insculpidas no art. 842.

Realmente a volta da taxatividade do agravo de instrumento merecia ser discutida pelo Superior Tribunal de Justiça, diante da demanda de ações, sejam mandados de segurança ou recursos especiais.

Dessa forma, diante da quantidade de recursos que estavam chegando ao Superior Tribunal de Justiça, foram afetados os Recurso Especial n. 1.696.396/MT e o Recurso Especial n. 1.704.520/MT, para julgamento no rito dos recursos repetitivos.

Ocorre que os recursos afetados questionavam apenas a interposição de agravo de instrumento no caso de decisão interlocutória que versasse sobre competência, utilizando-se da interpretação extensiva do inciso III do art. 1.015 do Código de Processo Civil de 2015.

Assim, verifica-se, na espécie, que o Superior Tribunal de Justiça, ao fixar uma tese genérica para a interpretação do art. 1.015 do Código de Processo Civil inteiro, não criou óbice quanto a aplicação do instituto do pré-questionamento, este que é rigorosamente verificado ao realizar o exame de admissibilidade dos recursos nos Tribunais Superiores.

Entretanto, o julgamento do repetitivo em análise foi um exemplo de aplicação da teoria da objetivação dos recursos nos Tribunais Superiores, de modo que cada vez menos estão julgando os casos individuais e, conseqüentemente, cada vez mais estão criando teses, com a finalidade de uniformizar a jurisprudência nas instâncias ordinárias.

Por outro lado, os recursos repetitivos são julgados pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, o qual é composto por quinze Ministros. Entretanto, no julgamento em exame, a Corte Especial julgou com a presença de doze Ministros, resultando em definição de tese por sete a cinco votos. Assim, caso os quinze Ministros participassem, poder-se-ia ter resultado diverso.

Em relação à interpretação do rol, a princípio, taxativo do art. 1.015 do Código de Processo Civil de 2015, de fato havia a necessidade de ampliação das hipóteses de interposição do agravo de instrumento, eis que diversas interlocutórias importantes não estavam elencadas no rol originário.

Contudo, a tese firmada no julgamento em análise, qual seja, *“o rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação.”*, criou parâmetro subjetivo para ser utilizado como fundamento para interpor o agravo de instrumento. (Trecho do voto da Min. Nancy Andrighi no REsp 1.704.520/MT, Corte Especial do STJ, j. 5 dez. 2018, DJ 19 dez. 2018).

O ideal seria a utilização da interpretação extensiva das hipóteses previstas no art. 1.015 do Código de Processo Civil de 2015, visto que não se trataria de hipótese genérica, como no caso da urgência, bem como abrangeria apenas hipóteses que tivessem relação com as hipóteses previstas pelo legislador.

A definição da urgência, ou seja, de critério subjetivo, para interposição do agravo de instrumento é perigosa para a segurança jurídica do sistema processual civil, especialmente quanto ao instituto da preclusão.

Por derradeiro, cumpre ressaltar que o presente artigo encontrou respostas ao problema de pesquisa, destacando-se os pontos positivos e negativos do julgamento do Recurso Especial n. 1.740.520/MT.

6. BIBLIOGRAFIA

ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. [..]. **ProAfR no REsp n. 1.704.520/MT**: Corte Especial, STJ. Rel. Min. Nancy Andrighi. Julgado em 20 fev. 2018. DJe, 28 fev. 2018. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 11 jul. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. [..]. **AgInt no AREsp n. 1.358.814/RS**: Segunda Turma, STJ. Rel. Min. Mauro Campbell Marques. Julgado em 19 fev. 2019. DJe, 26 fev. 2019. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 25 jul. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. [..]. **REsp n. 1.704.520/MT**: Corte Especial, STJ. Rel. Min. Nancy Andrighi. Julgado em 5 dez. 2018. DJe, 19 dez. 2018. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 11 jul. 2019.

CASTRO, Roberta Dias Tarpinian de. In: NERY JÚNIOR, Nelson J e ALVIM, Teresa Arruda. **Aspectos polêmicos dos recursos cíveis e assuntos afins**. Volume 13. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: parte geral, volume 1**. 8 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2016.

COELHO, Marcos Vinicius Furtado. **Garantias constitucionais e segurança jurídica**. 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. **A consolidação da “objetivação” no novo Código de Processo Civil**. Artigo de revista. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos tribunais, 2017. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/108636>>. Acesso em: 12 jun 2019.

DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. 16 ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 21 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de direito processual civil moderno**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Segurança jurídica e processo**: Da rigidez à flexibilização processual. 1 ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: volume III. 51 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SANCHES JUNIOR, Antonio Roberto. CARVALHO, Erick Coutinho de. In: NERY JÚNIOR, Nelson J e ALVIM, Teresa Arruda. **Aspectos polêmicos dos recursos cíveis e assuntos afins**. Volume 13. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SCHEFFER, Haila Moraes. **Considerações sobre a disciplina do agravo de instrumento no CPC/15 e a decisão do STJ ao julgar o REsp nº 1.679.909/RS**. Trabalho de conclusão de curso, Universidade Federal de Juiz de Fora, Minas Gerais, 2018. Disponível em: < <https://repositorio.ufjf.br/jspui/handle/ufjf/7068>>. Acesso em: 12 set 2018.

SOUZA NETO, C. P. Segurança. In: CANOTILHO, J. J. G., et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. In: NERY JÚNIOR, Nelson J e ALVIM, Teresa Arruda. **Aspectos polêmicos dos recursos cíveis e assuntos afins**. Volume 13. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.